

RÉPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

A/1743/2019-FPUBL

ATA/355/2020

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 16 avril 2020

dans la cause

Monsieur A_____

représenté par le Syndicat interprofessionnel de travailleuses et travailleurs (SIT),
mandataire, soit pour lui Madame Clémence Jung, juriste

contre

**DÉPARTEMENT DE L'INSTRUCTION PUBLIQUE, DE LA FORMATION ET
DE LA JEUNESSE**

EN FAIT

- 1) Monsieur A_____ a été engagé le 1^{er} septembre 2003 à la direction générale de l'enseignement primaire (ci-après : DGEP) du département de l'instruction publique, devenu entretemps le département de l'instruction publique, de la formation et de la jeunesse (ci-après : DIP), en qualité d'adjoint au service du personnel enseignant.
- 2) Monsieur B_____ a été engagé par le DIP en qualité d'enseignant primaire le 1^{er} septembre 2005.
- 3) À une date indéterminée en 2018, M. B_____ a introduit une dénonciation pénale à l'encontre de M. A_____. Ce dernier a été convoqué comme prévenu dans le cadre de la procédure pénale engagée par le Ministère public (P/1_____), au cours de laquelle il s'est fait assister d'un avocat.
- 4) Le 26 novembre 2018, M. A_____ a sollicité auprès du DIP la prise en charge des frais et honoraires d'avocat exposés dans la procédure pénale initiée contre lui. Il ignorait le motif de celle-ci.
- 5) Par décision du 22 mars 2019, la Conseillère d'état suppléante en charge du DIP – la Conseillère d'État en charge s'étant récusée – a refusé d'accéder à cette demande.

L'art. 14A du règlement d'application de la loi générale relative au personnel de l'administration cantonale, du pouvoir judiciaire et des établissements publics médicaux du 24 février 1999 (RPAC - B 5 05.01) prévoyait la prise en charge de tels honoraires à certaines conditions, et tenait compte du fait que l'État devait notamment protéger la personnalité du fonctionnaire contre les attaques injustifiées. Cela ne signifiait toutefois pas pour autant que la collectivité publique devait pourvoir aux frais de défense d'un membre du personnel contre lequel une instruction pénale avait été ouverte.

L'art. 14A al. 3 RPAC prévoyait ainsi que les frais de procédure et honoraires d'avocat liés à une procédure initiée par un membre du personnel contre un autre membre du personnel n'étaient pas pris en charge. En l'espèce, la P/1_____ avait été initiée par un autre collaborateur, qui avait porté plainte auprès du Ministère public, si bien que le département ne prendrait pas en charge lesdits frais et honoraires.

- 6) Par acte posté le 7 mai 2019, M. A_____ a interjeté recours auprès de la chambre administrative de la Cour de justice (ci-après : la chambre administrative) contre la décision précitée, concluant principalement au constat

que le DIP avait pris une décision contraire au droit et à l'annulation de ladite décision, ainsi qu'à l'octroi d'une indemnité de procédure.

Le Conseiller d'État suppléant du DIP avait demandé le 30 mai 2018 au Groupe de confiance d'ouvrir une enquête au sujet de M. B_____. Dans sa fonction de membre des ressources humaines (ci-après : RH), il avait été entendu par le Groupe de confiance dans le cadre de cette enquête. M. B_____ avait apparemment eu accès aux dépositions faites par M. A_____ dans ce cadre et avait porté plainte contre ce dernier.

La jurisprudence avait seulement analysé la notion de tiers, et non celle de faits en relation avec l'activité professionnelle. Or, l'art. 14A al. 3 RPAC ne visait pas des litiges entre collaborateurs pour des faits en relation avec l'activité professionnelle, puisque précisément cette partie n'y était pas mentionnée, contrairement aux al. 1 et 2. Cette distinction était fondamentale car en l'espèce, il ne s'agissait pas d'un litige interpersonnel mais bien d'une plainte portée contre un responsable RH à la suite de son témoignage dans une enquête du Groupe de confiance. L'art. 14A al. 3 RPAC ne s'appliquait donc pas. Il existait ainsi une lacune qualifiée du règlement, dont le but était de protéger les fonctionnaires de toute attaque injustifiée sur des faits en lien avec l'exercice de sa fonction et qui devait donc être complété en ce sens.

En appliquant de manière aussi restrictive qu'il l'avait fait l'art. 14A RPAC, le DIP avait commis une inégalité de traitement, puisque, notamment, un fonctionnaire en contact avec le public était mieux protégé qu'un fonctionnaire des RH.

- 7) Le 2 juillet 2019, le DIP, soit pour lui l'office du personnel de l'État (ci-après : OPE) a conclu au rejet du recours dans la mesure de sa recevabilité.

La conclusion tendant à la constatation de l'illicéité de la décision était irrecevable.

L'art. 14A al. 3 LPAC réglait la situation qui concernait le litige, dès lors qu'il prévoyait que les frais de procédure et honoraires d'avocat liés à une procédure initiée par un membre du personnel contre un autre membre du personnel n'étaient pas pris en charge. Il n'y avait dès lors pas de lacune qui dût être comblée. Par ailleurs, un tiers au sens de l'art. 14A al. 1 RPAC ne pouvait, selon la jurisprudence, être qu'une personne non membre de l'administration.

Au surplus, si l'État avait le devoir de protéger son personnel, la protection contre les attaques injustifiées ne signifiait pas pour autant que la collectivité dût nécessairement prendre en charge les frais de défense d'un fonctionnaire contre lequel une instruction pénale avait été ouverte.

- 8) Le 24 juillet 2019, le juge délégué a fixé aux parties un délai au 4 septembre 2019 pour formuler toutes requêtes ou observations complémentaires, après quoi la cause serait gardée à juger.
- 9) Le 4 septembre 2019, M. A_____ a persisté dans ses conclusions sans formuler de nouvelles observations.
- 10) Le DIP ne s'est quant à lui pas manifesté.

EN DROIT

- 1) Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours est recevable (art. 132 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 - LOJ - E 2 05 ; art. 62 al. 1 let. a de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10).
- 2) Le recourant, fonctionnaire des RH au DIP, est notamment soumis aux dispositions de la loi générale relative au personnel de l'administration cantonale et des établissements publics médicaux du 4 décembre 1997 (LPAC - B 5 05), du RPAC et du règlement relatif à la protection de la personnalité à l'Etat de Genève du 12 décembre 2012 (RPPers - B 5 05.10).

Dans la mesure où les faits pertinents se sont déroulés après l'entrée en vigueur des modifications de l'art. 14A RPAC le 1^{er} septembre 2016, celui-ci est applicable dans sa nouvelle teneur, dès lors que c'est le droit matériel en vigueur lors des faits ayant engendré les conséquences juridiques contestées qui doit se voir appliquer (arrêt du Tribunal fédéral 2C_195/2016 du 26 septembre 2016 consid. 2.2.2 et les références citées).

- 3) La conclusion principale du recourant, basée sur l'art. 14A RPAC, vise à la prise en charge, par l'État, des frais de procédure et des honoraires de l'avocat qu'il a mandaté pour le défendre dans le cadre d'une procédure pénale sur la base d'une dénonciation émanant d'un membre du personnel enseignant du DIP.

Son autre conclusion en constatation de l'illicéité de la décision attaquée est quant à elle irrecevable, dans la mesure où les conclusions constatatoires sont subsidiaires aux conclusions condamnatoires (ATA/1144/2015 du 27 octobre 2015 consid. 9a).

- 4) a. Créer des conditions qui permettent aux collaboratrices et aux collaborateurs de travailler dans un climat de respect et de tolérance, exempt de toute discrimination directe ou indirecte fondée sur une caractéristique personnelle, notamment l'origine, le sexe, l'orientation sexuelle, le handicap ou les particularités physiques, les convictions religieuses ou politiques est l'un des

principes généraux qui s'applique dans l'administration cantonale (art. 1 al. 1 let. a LPAC).

Il est veillé à la protection de la personnalité des membres du personnel, notamment en matière de harcèlement psychologique et de harcèlement sexuel (art 2 al. 1 LPAC).

Selon l'art. 2B al. 2 LPAC, des mesures sont prises pour prévenir, constater et faire cesser toute atteinte à la personnalité. Les modalités sont fixées par règlement.

b. Les membres du personnel chargés de fonctions d'autorité sont notamment tenus de veiller à la protection de la personnalité des membres du personnel (art. 23 let. f RPAC).

- 5) a. Selon l'art. 14A al. 1 RPAC, les frais de procédure et honoraires d'avocat effectifs à la charge d'un membre du personnel en raison d'une procédure de nature civile, pénale ou administrative initiée contre lui par des tiers pour des faits en relation avec son activité professionnelle sont pris en charge par l'État pour autant que, cumulativement : le membre du personnel concerné ait obtenu au préalable l'accord du chef du département ou de la personne déléguée par lui quant à ladite prise en charge (let. a) ; le membre du personnel n'ait pas commis de faute grave et intentionnelle (let. b) ; et la procédure ne soit pas initiée par l'État lui-même (let. c).

L'art. 14A al. 2 RPAC énonce que les frais de procédure et honoraires d'avocat effectifs liés à une procédure initiée par un membre du personnel en relation avec son activité professionnelle sont également pris en charge pour autant que, cumulativement : le membre du personnel concerné ait obtenu au préalable l'accord du chef du département ou de la personne déléguée par lui, quant à la procédure à intenter (let. a) ; le membre du personnel n'ait pas commis de faute grave et intentionnelle (let. b) et la procédure ne soit pas dirigée contre l'État (let. c).

Les frais de procédure et honoraires d'avocat liés à une procédure initiée par un membre du personnel contre un autre membre du personnel ne sont pas pris en charge (art. 14A al. 3 RPAC).

Les modalités de la prise en charge, notamment les tarifs appliqués et le renvoi à une directive sont expressément prévus par l'art. 14A al. 4 à 9 RPAC.

b. En ce qui concerne la prise en charge des honoraires d'avocat pour les collaborateurs de l'État, le Tribunal fédéral a confirmé que celle d'un magistrat faisant l'objet d'une procédure pénale pour des actes commis dans l'exercice de ses fonctions répondait au souci de préserver l'indépendance du juge et le préserver de pressions de la part de justiciables. Cette protection ne s'étendait pas aux

fonctionnaires cantonaux, dont le risque d'atteinte à l'indépendance était sensiblement moins élevé. En cas d'attaque injustifiée, ceux-ci bénéficiaient de l'appui de leur hiérarchie au sein de pouvoir exécutif et ne se trouvaient pas isolés face à des tentatives de déstabilisation (arrêts du Tribunal fédéral 8C_320/2016 du 13 mars 2017 consid. 6.5 ; 2P.96/2006 du 27 juillet 2006).

Dans le cas d'un fonctionnaire qui avait intenté une action contre l'État pour le paiement de ses honoraires d'avocat, la juridiction de céans avait déclaré l'action irrecevable au motif que la prétention n'avait pas de fondement de droit public. Elle avait considéré que le droit cantonal ne prévoyait pas la possibilité d'une prise en charge par l'État des frais de la défense d'un fonctionnaire poursuivi d'office, dans le cadre d'une procédure pénale. Ce silence du législateur ne constituait pas une lacune qualifiée, la doctrine ne prévoyant pas non plus une telle obligation (ATA/88/2006 du 14 février 2006). Cet ATA a été confirmé par le Tribunal fédéral (arrêt du Tribunal fédéral 2P.96/2006 du 27 juillet 2006).

c. Enfin, récemment, la chambre de céans a jugé que l'introduction du nouvel art. 14A al. 3 RPAC avait clarifié la situation du paiement des honoraires d'avocat liés à une procédure « initiée par un membre du personnel contre un autre membre du personnel », en l'excluant de manière explicite. Il s'agissait d'un texte clair. En outre, la disposition en cause n'était pas contraire à la LPAC, et s'inscrivait dans l'exercice de la compétence de la conduite de l'administration qui revient au Conseil d'État selon l'art. 106 al. 1 de la Constitution de la République et canton de Genève du 14 octobre 2012 (Cst-GE - A 2 00). En conséquence, dans la mesure où le recourant dans cette cause était un fonctionnaire du DIP, soit un membre de l'administration cantonale, il ne pouvait être considéré comme un « tiers ». Le fait qu'il occupât le poste de directeur et eût un lien hiérarchique – avec le devoir de faire face à certaines obligations – à l'égard de la fonctionnaire ayant déposé plainte contre lui n'y changeait rien (ATA/1740/2019 du 3 décembre 2019 consid. 9).

- 6) Selon la doctrine, l'État a une obligation de protection à l'égard de son personnel, qui ne doit pas se comprendre comme un simple pendant de l'art. 328 de la loi fédérale complétant le code civil suisse du 30 mars 1911 (Livre cinquième : Droit des obligations - CO - RS 220), mais plutôt comme celui du devoir de fidélité de l'agent public vis-à-vis de l'État. La collectivité doit ainsi notamment protéger la personnalité du fonctionnaire contre des attaques injustifiées (Fritz LANG, *Das Zürcher Personalgesetz vom 27. September 1998* in Peter HELBLING et Tomas POLEDNA, *Personalrecht des öffentlichen Dienstes*, Bern, 1999, p. 73).
- 7) L'interprétation de la loi peut conduire à la constatation d'une lacune. Une lacune authentique (ou proprement dite) suppose que le législateur s'est abstenu de régler un point alors qu'il aurait dû le faire et qu'aucune solution ne se dégage du texte ou de l'interprétation de la loi. En revanche, si le législateur a renoncé

volontairement à codifier une situation qui n'appelait pas nécessairement une intervention de sa part, son inaction équivaut à un silence qualifié. Quant à la lacune improprement dite, elle se caractérise par le fait que la loi offre certes une réponse, mais que celle-ci est insatisfaisante. D'après la jurisprudence, seule l'existence d'une lacune proprement dite appelle l'intervention du juge, tandis qu'il lui est en principe interdit, selon la conception traditionnelle qui découle notamment du principe de la séparation des pouvoirs, de corriger les silences qualifiés et les lacunes improprement dites, à moins que le fait d'invoquer le sens réputé déterminant de la norme ne soit constitutif d'un abus de droit, voire d'une violation de la Constitution (ATF 142 IV 389 consid. 4.3.1 ; 139 I 57 consid. 5.2 ; 138 II 1 consid. 4.2).

8) En l'espèce, le recourant soutient que les frais et honoraires d'avocat en relation avec la procédure pénale devaient lui être payés sur la base du RPAC.

a. L'art. 14A al. 1 RPAC traite des procédures initiées contre un membre du personnel par un tiers alors que l'al. 2 examine celles déposées par un membre du personnel.

La juridiction de céans a déjà retenu qu'il faut entendre par « tiers », une personne extérieure à l'administration, et que, si l'on ne se trouve pas dans la situation de l'al. 1 ou de l'al. 2, cet article ne trouve pas application (ATA/1740/2019 précité consid. 9 ; ATA/1040/2016 du 13 décembre 2016 consid. 8).

Or, M. B_____, au moment du dépôt de sa dénonciation pénale, était fonctionnaire, donc membre du personnel de l'État, et non pas un « tiers ».

b. Par ailleurs, le recourant ne peut pas non plus se prévaloir de l'al. 2 du même article, cet alinéa couvrant une procédure que le recourant aurait lui-même initiée, cas non réalisé en l'espèce. La présente situation n'entre, dès lors, pas dans le champ d'application de l'art. 14A al. 2 aRPAC.

c. Enfin, on ne saurait souscrire à l'argumentation du recourant au sujet d'une éventuelle lacune proprement dite du règlement. En effet, si l'art. 14A al. 3 RPAC ne fait pas de différence entre des faits directement en relation avec l'activité professionnelle et les autres – pour autant que l'on puisse admettre que les conflits interpersonnels ne puissent jamais être mis en relation avec l'activité professionnelle, ce qui paraît douteux –, c'est sciemment, si bien que l'on doit retenir qu'il s'agit d'un silence qualifié du règlement. Tout au plus pourrait-on considérer que ce défaut de distinction est insatisfaisant, et qu'il s'agit d'une lacune improprement dite. On ne peut en revanche admettre que le Conseil d'État s'est abstenu de régler un point alors qu'il aurait dû le faire, et qu'aucune solution ne se dégage du texte, ce dernier étant précisément clair quant à l'absence de prise en charge des frais et honoraires dans un tel cas. Il convient également de noter que

selon l'art. 427 du code de procédure pénale suisse du 5 octobre 2007 (CPP - RS 312.0), lesdits frais de procédure et dépens peuvent être mis à la charge de la partie plaignante, notamment en cas d'acquiescement du prévenu ou de classement de la procédure (voir aussi ATF 138 IV 248), si bien que la situation est déjà – du moins partiellement – réglée par la loi à un autre niveau.

Les griefs soulevés par le recourant sont par conséquent infondés.

- 9) Au vu de ce qui précède, le recours sera rejeté.
- 10) Vu l'issue du litige, un émolument de CHF 500.- sera mis à la charge du recourant qui succombe (art. 87 al. 1 LPA), et aucune indemnité de procédure ne sera allouée (art. 87 al. 2 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 7 mai 2019 par Monsieur A_____ contre la décision du département de l'instruction publique, de la formation et de la jeunesse du 22 mars 2019 ;

au fond :

le rejette ;

met à la charge de Monsieur A_____ un émolument de CHF 500.- :

dit qu'il n'est pas alloué d'indemnité de procédure ;

dit que, conformément aux art. 82 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110), le présent arrêt peut être porté dans les trente jours qui suivent sa notification par-devant le Tribunal fédéral ;

- par la voie du recours en matière de droit public, s'il porte sur les rapports de travail entre les parties et que la valeur litigieuse n'est pas inférieure à CHF 15'000.- ;

- par la voie du recours en matière de droit public, si la valeur litigieuse est inférieure à CHF 15'000.- et que la contestation porte sur une question juridique de principe ;

- par la voie du recours constitutionnel subsidiaire, aux conditions posées par les art. 113 ss LTF, si la valeur litigieuse est inférieure à CHF 15'000.- ;

le mémoire de recours doit indiquer les conclusions, motifs et moyens de preuve et porter la signature du recourant ou de son mandataire ; il doit être adressé au Tribunal fédéral, Schweizerhofquai 6, 6004 Lucerne, par voie postale ou par voie électronique aux conditions de l'art. 42 LTF. Le présent arrêt et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi ;

communique le présent arrêt au Syndicat interprofessionnel de travailleuses et travailleurs, mandataire du recourant, ainsi qu'au département de l'instruction publique, de la formation et de la jeunesse .

Siégeant : Mme Krauskopf, présidente, M. Verniory, Mmes Payot Zen-Ruffinen et Cuendet, M. Mascotto, juges.

Au nom de la chambre administrative :

la greffière :

Ch. Ravier

la présidente siégeant :

F. Krauskopf

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le

la greffière :